

Revocatoria de Medidas Cautelares.
Consejo de Estado,
Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera
(12 de noviembre de 2015)

Consejo de Estado
Sala de lo Contencioso Administrativo
Sección Primera
Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala

Radicación número: 15001 23 31 000 2012 00122 01 (AP)

Actor: Oscar José Dueñas Ruiz Y Otros

Demandado: Nación – Ministerio De Transporte Y Otros

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Agencia Nacional de Infraestructura (en adelante ANI), el Consorcio Solarte y Solarte S.A. (en adelante CSS), el Departamento de Boyacá (en adelante El Departamento), la Procuraduría 45 Judicial II Asuntos Administrativos (La Procuraduría) y el Ministerio de Cultura (en adelante Min Cultura), contra el auto del 8 de mayo de 2015, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Boyacá decretó de oficio, como medida previa, la suspensión de la aplicación de la Resolución N° 3991 del 22 de diciembre de 2014, “Por la cual se autoriza la intervención vial en inmediaciones del Conjunto Parque Histórico Asociado a la Batalla de Boyacá, declarado Bien de Interés Cultural del ámbito nacional mediante Resolución N° 1066 del 2 de agosto de 2006”, y la cesación inmediata de los trabajos de construcción de la doble calzada del proyecto Briceño-Tunja-Sogamoso (en adelante proyecto BTS) a la altura del conjunto del Parque Histórico asociado a la Batalla de Boyacá.

I. ANTECEDENTES

Hechos y omisiones en que se fundamenta la medida.

Los antecedentes fácticos que rodean la decisión cautelar adoptada por el Tribunal son los siguientes:

1. El 15 de julio de 2002 el Instituto Nacional de Vías y el Consorcio Solarte Solarte suscribieron el contrato de Concesión N° 0377 de 2002 para la realización de los estudios definitivos, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del proyecto vial Briceño – Tunja – Sogamoso (en adelante proyecto BTS).
2. Mediante Acta N° 04 de 2006 del Consejo de Monumentos Nacionales del Ministerio de Cultura (en adelante Min Cultura) se negó la aprobación al proyecto de construcción de la segunda calzada en el tramo que atraviesa el Campo del Puente de Boyacá por limitarse a ofrecer una solución vial técnica y producirse una alteración drástica del paisaje como consecuencia de los movimientos de tierra propuestos. Esto llevó a que dicho Consejo determinara hacer una declaratoria integral del Parque Histórico, toda vez que los valores a proteger no se restringían a elementos puntuales construidos sino también al paisaje y a la topografía.
3. A solicitud del Concesionario y luego de haber ajustado el proyecto inicialmente presentado, por medio de la Resolución N° 3991 del 22 de diciembre de 2014, Min Cultura autorizó la intervención vial en las inmediaciones del conjunto del Parque Histórico asociado a la Batalla de Boyacá, declarado Bien de Interés Cultural del ámbito nacional mediante la Resolución No. 1066 del 2 de agosto de 2006.

La medida cautelar decretada.

Mediante auto del 8 de mayo de 2015, la Sala 4 de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, de oficio, en ejercicio de las facultades conferidas por el Artículo 26 de la Ley 472 de 1998, luego de haber sido allegada por Min Cultura copia de la Resolución N° 3991 del 22 de diciembre de 2014, en aras de prevenir la ocurrencia de un daño inminente e irreversible al conjunto del Parque Histórico asociado a la Batalla de Boyacá, decretó como medidas previas la suspensión de la aplicación de la Resolución N° 3991 del 22 de diciembre de 2014, “Por la cual se autoriza la intervención vial en inmediaciones del Conjunto Parque Histórico Asociado a la Batalla de Boyacá, declarado Bien de Interés Cultural del ámbito nacional mediante Resolución N° 1066 del 2 de agosto de 2006”, y la cesación inmediata de los trabajos de construcción de la doble calzada BTS a la altura del conjunto del parque histórico asociado a la Batalla de Boyacá.

Frente a la primera medida, dispone el auto impugnado que la suspensión “se mantendrá, hasta tanto el Ministerio de Cultura, con fundamento

en el Plan Especial de Manejo y Protección PEMP del Bien de Interés Cultural de la Nación que deberá elaborar en cumplimiento de las normas de la ley 397 de 1997, expida una nueva autorización a solicitud del Consorcio Solarte y Solarte o de cualquier entidad interesada en la continuación de la obra de construcción de la doble calzada BTS”¹.

Respecto de la segunda medida decretada, establece el auto impugnado que la orden de cesación inmediata de los trabajos a la altura del conjunto del Parque Histórico se mantendrá “hasta que, con fundamento en el estudio especial de manejo y protección que debe ejecutar el Ministerio de Cultura, éste (sic) ente expida una nueva autorización, y además haya obtenido el constructor la correspondiente licencia ambiental”².

II. LOS RECURSOS INTERPUESTOS

Notificada la decisión cautelar adoptada por el Tribunal, se interpusieron los siguientes recursos de reposición y en subsidio de apelación:

2.1 ANI

Mediante escrito presentado el 8 de mayo de 2015³, la ANI manifiesta su oposición a la medida requerida y solicita que se revoque. Como fundamento de su solicitud plantea los siguientes argumentos:

Sostiene que si bien es cierto que el juez de acción popular puede decretar medidas cautelares en cualquier momento del proceso, de oficio o a solicitud de parte, también lo es que ello está condicionado por la ley a que se evidencie la presencia de un daño inminente o en curso que debe hacerse cesar de forma inmediata. Y destaca que el asunto bajo revisión no cumple con esa exigencia.

En criterio de la ANI “los presupuestos que fundamentan la presunta vulneración encontrada por el fallador constitucional no existen en realidad”⁴. Esto, explica el recurso, por cuanto la decisión impugnada se apoya en dos razones que no son de recibo: la primera, la presunta omisión de elaborar el respectivo Plan Especial de Manejo y Protección (PEMP) para la intervención en el bien protegido como condición previa a la autorización que Min Cultura otorgó al proyecto; y la segunda, la supuesta falta de modificación de la licencia ambiental inicialmente concedida. Frente a la primera omisión que el auto recurrido endilga a la autorización que Min Cultura dispuso al proyecto BTS, la ANI considera que surge de una errada comprensión de la legislación de protección del patrimonio cultural por

¹ Folio 6 del Cuaderno de Medidas Cautelares.

² Ídem.

³ Folios 7-26 *ibidem*.

⁴ Folio 14 *idem*.

parte del Tribunal. Esto, por cuanto los PEMP son instrumentos de gestión del patrimonio cultural cuya formulación surge de la decisión discrecional de la autoridad competente, no siendo entonces una exigencia invariable para el otorgamiento de autorizaciones como la impartida en el caso concreto (Art. 11 de la ley 397, modificado por el Art. 7° de la ley 1185 de 2008 y Art. 14 del Decreto N° 763 de 2009)⁵. Frente a la segunda objeción planteada por el auto recurrido, la ANI subraya que para la fecha de la emisión de la medida cautelar (8 de mayo de 2015) la ANLA ya había proferido la resolución por medio de la cual modificó la licencia ambiental inicialmente otorgada (Resolución N° 0403 del 9 de abril de 2015), por lo que la decisión impugnada parte de una premisa falsa⁶.

Con base en lo anterior, el recurso afirma que “lo requerido por la Autoridad judicial para sustentar la decisión de suspender la autorización, así como la misma obra, a la fecha no es necesario pues ya se ha superado el hecho que se considera constitutivo de la supuesta vulneración o amenaza de los derechos colectivos”⁷.

Enfatiza que las medidas previas adoptadas se encuentran huérfanas de sustento probatorio, pues “no se tiene acreditada la presencia de un daño inminente o la presunta necesidad (de) hacer cesar el que se hubiere causado, pues como se evidencia en el recuento no existe ninguna amenaza, ni daño real, sin o la estimación de su señoría en cuanto a que se requerían ciertos documentos y actuaciones por fuera de lo reglado en la normatividad respectiva”⁸.

Destaca que la medida decretada no cumple con el requisito de utilidad “en razón a que a la fecha de emisión del auto recurrido, como a la fecha, en esta zona no se adelantan trabajos de construcción, a pesar de que ya se cuenta con la modificación de la licencia ambiental, expedida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA el 9 de abril de 2015”⁹. Esto, debido a los tiempos de avance de la obra están condicionados en la práctica a la obtención de numerosos permisos y autorizaciones, así como a la compra de predios.

Pone de relieve que en el caso concreto no puede configurarse un daño irremediable a la zona del campo de batalla porque éste ya fue intervenido por la vía actual, que transita por allí desde hace más de 50 años¹⁰. Y afirma que tampoco se puede hablar de hacer cesar un daño que se está causando, porque “la vía nacional que atraviesa la zona protegida le presta un servicio

⁵ Folios 14-15 *ibidem*.

⁶ Folio 15 *ejusdem*.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Folio 16 *ídem*.

⁹ *Ídem*.

¹⁰ Folio 18 *ejusdem*.

a la comunidad, pues comunica al centro del país con el norte, lo cual es del benéfico (sic) para la infraestructura nacional”¹¹.

Indica que la Resolución N° 3991 de 2014 del Min Cultura es un acto administrativo que se presume legal y que el juez de acción popular no puede invadir competencias del juez contencioso administrativo para efectuar un control de legalidad del acto que no es de su resorte. Y resalta que en su criterio, lo que el Tribunal efectuó al decretar las medidas cautelares impugnadas fue un control de legalidad, que “consistió en analizar si el Ministerio de Cultura emitió su decisión con competencia y con fundamento en las normas legales correspondientes, aspectos que a la luz de lo contemplado en el Artículo 137 de 2011 corresponden a causales para invocar el medio de control de nulidad de los actos administrativos”¹².

Indica que en el caso bajo estudio el juez debe efectuar una ponderación entre los bienes en conflicto: dos derechos colectivos de altísimo valor como la protección del patrimonio histórico cultural y la satisfacción de los intereses generales inherente a la contratación pública. Y pone el acento en que “la cautela decretada representa una afectación mayor al interés general, constituyéndose en una grave afrenta a la política pública que adelanta el Gobierno Nacional, pues conllevaría a detener la construcción de un tramo de la vía con el que se garantizaría la prestación efectiva de los servicios públicos y un acercamiento a la modernización”¹³. Máxime si se tiene en cuenta que el parque histórico ya fue intervenido por la vía actual y el proyecto autorizado por Min Cultura garantiza la protección de todas las áreas culturales, históricas, arqueológicas y ambientales del sector.

2.2 CSS

Mediante escrito allegado el 15 de mayo de 2015¹⁴ el CSS manifestó su oposición a la medida previa decretada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá. Esta oposición se apoya principalmente en las siguientes razones:

Expresa que luego de la negativa de 2006 de Min Cultura a autorizar el proyecto BTS, se le introdujeron modificaciones notables con el fin de adecuarlo a las necesidades de protección del patrimonio histórico cultural de la Nación; las cuales hicieron posible que se expidiera la autorización contenida en la Resolución No. 3991 de 2014 por parte de aquella Cartera.

Pone de manifiesto que con base en la autorización de Min Cultura se procedió a solicitar la modificación de la licencia ambiental conferida

¹¹ Folio 19 *ibídem*.

¹² Folio 20 *ídem*.

¹³ Folio 25 *ejusdem*.

¹⁴ Folios 108-125 *ídem*.

inicialmente mediante la Resolución N° 708 de 2000, la cual fue aprobada por la ANLA por medio de la Resolución N° 403 del 9 de abril de 2015.

Hace hincapié en que “las condiciones actuales de la vía no han sido consideradas por ningún actor como una agresión al Parque Histórico, sino que han facilitado el acceso al mismo y han propendido por su conservación. Así las cosas, el diseño presentado por el Concesionario, el cual ha sido avalado por la ANI, el Ministerio de Cultura y la ANLA, procuró ser conservador de las condiciones existentes en tal medida que logró la optimización del impacto a un simple 2% del área total del Parque Histórico”¹⁵. Esto, en consideración a que tal será la proporción del área delimitada como protegida que se verá afectada por las obras de la segunda calzada adosada a la primera ya construida.

Remarca la congestión vehicular que se ocasiona en la actualidad en la vía, especialmente los fines de semana, como consecuencia de la ausencia de la doble calzada en el tramo del Puente de Boyacá; lo mismo que la necesidad de tomar en consideración los recursos públicos que ya han sido invertidos en la adquisición de predios y plan de compras implementado para el desarrollo de este segmento vial¹⁶.

Subraya la colisión de derechos que se presenta en el caso concreto entre la protección al patrimonio histórico cultural de la Nación y el desarrollo de la infraestructura vial del país. Y señala que la medida decretada pretende amparar el primero, pero se trata de una decisión adoptada sobre bases equivocadas, toda vez que a la vista de los ajustes introducidos al proyecto y de las autorizaciones impartidas, “el daño inminente al conjunto parque histórico asociado a la batalla de Boyacá no se configura de manera alguna, toda vez que las obras planteadas están previstas en un pleno acomasamiento con las condiciones actuales de la vía”¹⁷.

2.3 El Departamento

El Departamento de Boyacá se opone igualmente a la medida previa decretada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá y solicita su revocación¹⁸. Esta solicitud se apoya principalmente en las siguientes razones:

Señala que la decisión adoptada carece de una motivación adecuada y suficiente, por cuanto lo que le sirve de base es la supuesta emisión de la Resolución N° 3991 de 2014 sin haber atendido a las exigencias legales que tenía que cumplir, brillando por su ausencia un “análisis constitucional del

¹⁵ Folio 121 ejusdem.

¹⁶ Folios 121-122 ídem.

¹⁷ Folio 124 ibídem.

¹⁸ Folios 132-137 ibídem.

interés afectado, por medio de la constatación y demostración de la afectación del derecho colectivo”¹⁹.

Aduce que la medida cautelar decretada se apoya en una equivocada interpretación de la legislación de protección del patrimonio histórico cultural, toda vez que, contrario a lo afirmado en el auto recurrido, no toda declaración de un bien de interés cultural determina la obligatoria adopción de un PEMP. Observa que de conformidad con la Ley 397 de 1997 el requerimiento de este instrumento es discrecional de la autoridad competente²⁰. Y destaca que “[e]n el caso del Puente de Boyacá, la declaratoria de BIC se hizo mediante la Resolución N° 1066 de 2006, en la que no se hace mención a la necesidad de elaborar un PEMP, lo cual ha de entenderse como resultado de la valoración que necesariamente hubo de surtir en el trámite de esa declaratoria, a tenor de lo dispuesto en el transcrito artículo 8”²¹ de la Ley 397 de 1997.

Afirma que según la Ley 472 de 1998 el decreto de las medidas cautelares por el juez de acción popular requiere que se dé la vulneración actual o inminente de un derecho colectivo y que en esa vulneración esté comprometida por acción u omisión la entidad demandada. Agrega que a más de lo anterior, no solo es preciso que la medida decretada sea necesaria, sino que debe también cumplir con la exigencia de no resultar lesiva para el propio derecho protegido ni para el interés público. Y finaliza acotando que en el presente caso se protege el patrimonio histórico cultural a expensas del desarrollo vial de la región, imponiendo a éste una barrera injustificada. En especial si se tiene en cuenta que con el proyecto BTS “ni se pretende causar un daño (...) ni se está causando al Monumento Histórico y si por el contrario están ocasionando mayores perjuicios al derecho o interés colectivo pues al paralizar las obras no solo contribuye a un perjuicio del patrimonio público, sino a un problema de tipo social con una connotación igual o superior a la que se pretende proteger”²².

2.4 Procuraduría 45 Judicial II Asuntos Administrativos

Mediante escrito presentado el 15 de mayo de 2015, la Procuraduría interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el auto de 8 de mayo de 2015 con el fin que sea revocada la decisión cautelar adoptada²³.

Apoya su pedido en que en su criterio el derecho colectivo amparado por la medida decretada se encuentra debidamente protegido por la decisión de Min Cultura (Resolución N° 3991 de 2014); órgano competente

¹⁹ Folio 133 ejusdem.

²⁰ Folio 134 ídem.

²¹ Folio 135 íbidem.

²² Folio 137 ejusdem.

²³ Folios 145-148 ídem.

para estudiar técnica y jurídicamente los impactos negativos que el proyecto BTS podría ocasionar sobre el Parque Histórico, quien luego de examinar los planos y documentos del proyecto encontró viable la propuesta presentada. Y resalta que la modificación de la licencia ambiental del proyecto autorizada por la ANLA (Resolución No. 403 del 9 de abril de 2015) permite entender que los requisitos legales para el desarrollo del proyecto se han cumplido, no siendo procedente, entonces, hablar de afectación del Parque Histórico asociado a la Batalla de Boyacá.

2.5 MinCultura

También MinCultura expresó su oposición a la medida cautelar decretada y solicitó su revocación²⁴. El recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto se fundamenta en las siguientes razones:

Afirma que el proyecto aprobado mediante la Resolución N° 3991 de 2014 incorpora notables diferencias frente a los que habían sido examinados con anterioridad, lo cual permitió establecer que con él no se afectaba el entorno paisajístico del parque ni la morfología del terreno, ni suponía afectación alguna de los varios monumentos que integran el conjunto histórico²⁵. Y resalta que el proyecto aprobado²⁶:

Conserva la integralidad de los elementos constitutivos del monumento, ya que no modifica su ubicación ni realiza intervención alguna en su infraestructura.

No interviene el área del enfrentamiento de los ejércitos ni su área de influencia.

No genera transformaciones topográficas importantes, ya que la segunda calzada únicamente generará obras de menor magnitud en relación con los movimientos de tierra a realizar.

El trazado de la nueva calzada no genera interrupción en el monumento histórico, lo que garantiza la continuidad de su recorrido y la accesibilidad directa del usuario de la vía y del visitante.

Aduce que ni legal ni reglamentariamente se exige un PEMP como requisito obligatorio para realizar intervenciones en todos los bienes de interés cultural. Y enfatiza que ello se deriva con claridad de lo previsto por el artículo 9° del Decreto 1469 de 2010, sobre licencias urbanísticas, que contempla expresamente la posibilidad de otorgar licencias en bienes de interés cultural con y sin PEMP²⁷.

Manifiesta que dado el innegable interés nacional y la necesidad pública que existe en relación con el desarrollo del proyecto BTS se hace evi-

²⁴ Folios 151-155 ídem.

²⁵ Folio 152 íbidem.

²⁶ Folio 153 ejusdem.

²⁷ Folio 153 ídem.

dente que la medida cautelar decretada se opone al interés público sin una justificación adecuada, toda vez que su fundamento estriba en un supuesto daño sobre el bien protegido, que no se encuentra acreditado en el proceso²⁸.

III. TRÁMITE DE LOS RECURSOS

Interpuestos los recursos y efectuado el traslado correspondiente se presentaron los siguientes escritos:

INVIAS

El Instituto Nacional de Vías presentó escrito²⁹ en el que solicita se revoque la medida decretada por considerar que la supuesta omisión de elaboración del PEMP no es un argumento de recibo porque la ley no lo exige en todos los casos, y por encontrar que tampoco es cierto que se afecte el derecho colectivo a la protección del patrimonio histórico cultural. Esto, habida cuenta tanto de la autorización legalmente impartida por Min Cultura, como de las diferentes acciones realizadas por el concesionario y la ANI para asegurar la protección de dicho bien jurídico. Y remarca que pese a esta ausencia de daño, la medida decretada “sí podría generar la vulneración del derecho colectivo de los usuarios de la vía que corresponde a una gran colectividad del Territorio Nacional, esto sin tener en cuenta las obligaciones que se desprenden del contrato de concesión con obligaciones bilaterales cuyo atraso o privación de las ejecuciones podría llegar a constituirse en un factor de detrimento del patrimonio público”³⁰.

ANI

La ANI presentó escrito en el que solicita al Tribunal Administrativo de Boyacá resolver de manera preferente el asunto bajo examen en consideración a su trascendencia nacional, “dadas las repercusiones económicas y culturales, con el fin de evitar una afectación mayor al interés general, pues una espera mayor a la decisión de fondo conllevaría una parálisis en la prestación efectiva de los servicios públicos a cargo del Estado”³¹.

PERLA MOLINA LÓPEZ

La ciudadana Perla Molina López presenta escrito de coadyuvancia de la parte demandante, en el que solicita se mantenga la medida cautelar³².

²⁸ Folios 154-155 *ibídem*.

²⁹ Folios 168-170 *eiusdem*.

³⁰ Folio 169 *ídem*.

³¹ Folio 173 *ibídem*.

³² Folios 177-185 *eiusdem*.

En su concepto la protección decretada se debe ratificar por las siguientes razones:

Afirma que no se configura la causal de oposición a la medida cautelar establecida por el literal b) del artículo 26 de la ley 472 de 1998, que exige “[e]vitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público”. Esto, dice, toda vez que la medida decretada no se puede ver como una afectación al interés público, ya que si bien es cierto que supone un tiempo de espera para su desarrollo, no implica la negación absoluta de la posibilidad de avanzar con el proyecto, ya que éste puede ser adelantado con otro trazado. En su criterio, el enfrentamiento de bienes jurídicos colectivos que se aprecia en el caso concreto se debe resolver decidiendo a favor de aquél interés que se vería más sacrificado, lo cual determina que debe ceder el que se vea menos comprometido. Por esto, señala que si bien es cierto que la medida cautelar afecta la vía al suspender las obras, tal incidencia no es definitiva. Esto, toda vez que “mientras que la vía puede ser cambiada, el Parque Histórico no, este último no se puede mover, o modificar, porque parte de su naturaleza es el lugar donde se encuentra y lo bienes (sic) que lo componen”³³.

Aduce que ninguno de los inconvenientes contractuales que argumentan los demandados se encuentra debidamente acreditado, por lo que no se logra establecer un perjuicio específico como consecuencia de la medida decretada³⁴.

Expresa que no se puede responsabilizar a la medida cautelar de las demoras que registra la obra, porque ha experimentado diversos contratiempos de tiempo atrás³⁵.

Enfatiza el carácter preventivo de las medidas cautelares dentro del régimen jurídico de las acciones populares, y subraya que la importancia de esta dimensión tuitiva de los derechos colectivos se vislumbra con facilidad en el presente caso, en el cual la controversia esencial radica en evitar una afectación seria e irreversible a un bien de interés cultural como el Parque Histórico asociado a la Batalla del Puente de Boyacá. Por lo que señala que “es una contradicción solicitar el levantamiento de la medida cautelar para emprender las medidas autorizadas por la Resolución N° 3991 de 2014, mientras no se resuelva de fondo si existe o no una vulneración a los derechos colectivos”³⁶. Y resalta la urgencia y necesidad de la protección decretada, al punto de considerar que “si se revocan las medidas cautelares se corre el riesgo que el fallo futuro

³³ Folio 179 *ibídem*.

³⁴ *Ídem*.

³⁵ *Ibídem*.

³⁶ Folio 181 *ídem*.

pueda ser ineficaz porque, tal como afirman los recurrentes, la obra estaba a punto de ejecutarse debido a que cuentan con los permisos necesarios³⁷.

Se opone a considerar que el Tribunal efectuó un control de legalidad ordinario como fundamento de la decisión adoptada, pues encuentra que su sustento no es otro que “la constatación de que este acto (la Resolución No. 3991 de 2014 de Min Cultura) no garantiza plenamente los derechos colectivos formulados en la demanda de acción popular, ya que a falta de un Plan de Manejo y Protección no era posible constatar un régimen minucioso capaz de evitar perjuicios al Parque”³⁸.

Reprocha el hecho que ni el CSS ni la ANI hayan informado al Tribunal sobre la modificación de la licencia ambiental pese a estar en curso la acción popular desde 2012, lo que a su juicio permite “observar un desinterés por la acción popular y por brindar medios de valoración probatoria para llegar a un fallo de fondo”³⁹.

Destaca la importancia de los PEMP para la gestión y conservación de los bienes de interés cultural y señala que con ellos “se establece un régimen estricto de cuidado, que para el caso del Parque Histórico Puente de Boyacá resulta importante porque se encuentra ubicado en una zona de tránsito de los colombiano, y está expuesto a riesgos y modificaciones mayores en comparación con otros bienes de interés cultural”⁴⁰. Y resalta que pese a que en 2007 Min Cultura expresó la necesidad de contar con uno, que se encuentra en elaboración, para 2014 no se ha terminado, pese a lo cual el proyecto fue autorizado⁴¹.

Concluye subrayando el hecho que si bien es cierto que el Parque Histórico se encuentra actualmente intervenido por la vía que lo atraviesa, no lo es menos que ella se construyó hace más de 50 años, cuando el Parque Histórico no tenía la condición de bien de interés cultural⁴².

LA ACADEMIA COLOMBIANA DE HISTORIA

La Academia de Historia de Colombia, por intermedio de su Presidente y Secretario Académico, presenta escrito⁴³ en el que, como coadyuvante de la parte demandada, solicita se mantengan las medidas de protección decretadas por el auto de 8 de mayo de 2015. Este pedido se apoya en las siguientes razones:

³⁷ *Ibídem.*

³⁸ Folio 180 ejusdem.

³⁹ Folio 182 *idem.*

⁴⁰ *Ibídem.*

⁴¹ Folio 184 ejusdem.

⁴² *Ibídem.*

⁴³ Folios 186-188 *ibídem.*

Denota que el proyecto BTS constituye “una intervención mayúscula de 68.900 metros cúbicos de los costados oriente y occidente de la actual calzada lo que significa derribar la arboleda que ha dado ambiente paisajístico al escenario de la batalla”⁴⁴.

Enfatiza que a la fecha no ha sido posible establecer el área perimetral del campo y la localización de los ejércitos que se enfrentaron en este lugar. Y afirma que “[l]a cartografía presentada por la ANI y el Concesionario CSS no tiene fundamento histórico”⁴⁵.

Pone de relieve que las autoridades responsables del proyecto y el concesionario minimizan el impacto ambiental del proyecto, que va a ser muy significativo: “Hay rellenos, cambios en los niveles del cauce del río, obras de perforación del lecho para sustentar un puente de 71 metros con la estabilidad para movilizar el tráfico que se ha desestimado por el CSS”⁴⁶.

Indica que en consideración a la magnitud de los yacimientos existentes en el área (de paleo indios, restos de agroalfareros de la cerámica Herrera y Muisca y los restos óseos, municiones, bayonetas de los ejércitos contendientes en la batalla del 7 de agosto de 1819) es imperioso tomar en consideración el riesgo que genera el movimiento de cerca de 70.000 metros cúbicos de tierra como consecuencia de la realización del proyecto⁴⁷.

Señala que el proyecto BTS no garantiza la movilidad de los visitantes del parque y de los moradores de las veredas de Ventaquemada para atravesar de un costado al otro del parque; aspecto que resulta importante en consideración al ancho de la vía proyectada⁴⁸.

Afirma que el análisis del presente asunto no puede pasar por alto que se trata de una cuestión que no es privativa del Gobierno sino de todos los colombianos; máxime si se tiene en cuenta que, a punto de conmemorar los doscientos años de la independencia nacional y de los países liberados por Bolívar, se mirará hacia el puente para buscar un referente de memoria histórica⁴⁹.

IV. LA DECISIÓN QUE RESOLVIÓ EL RECURSO DE REPOSICIÓN

Mediante auto del 10 de junio de 2015⁵⁰ el Tribunal Administrativo de Boyacá confirmó la decisión adoptada en el auto recurrido. Esta decisión se fundamentó por el a quo en las siguientes razones:

⁴⁴ Folio 187 ídem.

⁴⁵ Ibídem.

⁴⁶ Folio 187 ejusdem.

⁴⁷ Folio 188 ídem.

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ Ibídem.

⁵⁰ Folios 189-204 ídem.

Frente al señalamiento de que para el desarrollo del proyecto BTS no es exigible un PEMP porque la autoridad competente no elevó este requerimiento en su momento, el Tribunal estima que ello no es de recibo. Resalta que tanto las normas internas como los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano en punto a la protección del patrimonio histórico y cultural permiten fundamentar esta exigencia, aun a pesar de que Min Cultura, en ejercicio de su competencia discrecional, no lo haya establecido como un requisito para su desarrollo. Esto, toda vez que en su criterio “hay algunos bienes de interés cultural que por su identidad y relevancia histórica y cultural —como es el caso del conjunto parque histórico asociado a la batalla de Boyacá— **deben necesariamente contar con un Plan Especial de Manejo y Protección** que imponga unos parámetros suficientes de cara a mantener su salvaguardia y protección y así como conservar la unidad e integridad que le son propias”⁵¹.

En línea con esta consideración, plantea que en tanto reflejo de la independencia nacional y símbolo de la consagración de Colombia como república independiente y libre, el Parque Histórico de la Batalla de Boyacá y el conjunto de bienes y monumentos que lo conforman resultan ser un referente único en su memoria histórica y presenta un valor excepcional, por lo cual no podría desconocerse que debe, “como mínimo, contar con las herramientas de protección que el derecho interno le brida a esta clase de bienes y que el Estado, como garante de su salvaguarda, cuando menos, abogue por que al mismo se le apliquen todas las garantías de protección posibles que aseguren al máximo su conservación, su unidad”⁵².

Y destaca que aunque la legislación de protección del patrimonio histórico cultural reconoce a la autoridad competente una facultad discrecional para adoptar la decisión de si un bien de interés cultural requiere o no un PEMP, “las normas que regulan la materia permiten que el bien de interés cultural —Conjunto Parque Histórico asociado a la batalla de Boyacá— cuente con un Plan Especial de Manejo y Protección”⁵³. Esto, por estimar que de conformidad con las reglas del Decreto N° 763 de 2009, que en su Artículo 15 distingue entre los bienes protegidos del grupo urbano y los del grupo arquitectónico, sin perjuicio de otros que eventualmente reglamente Min Cultura en atención a sus particularidades, el Parque Histórico debe, “por todos los valores que lo resaltan como de los más representativos de la historia independentista Colombiana, contar con el Plan Especial de Manejo y Protección que es propio de los bienes que hacen parte del grupo arquitectónico, en tanto este imprime una protección más estricta

⁵¹ Folio 196 revés *ibídem*.

⁵² Folio 196 revés *ídem*.

⁵³ Folio 197 revés *ibídem*.

y detallada a los bienes que lo conforman, especialmente en lo que atañe al nivel permitido de intervención, al definir que el mismo es aplicable a aquellos bienes de “excepcional valor” y que al ser “irremplazables deben ser preservados en su integridad”, categorías que indiscutiblemente aplican al BICN mencionado⁵⁴. Con base en este análisis concluye que en el caso estudiado, las facultades de la autoridad competente frente a la adopción de un PEMP, por tratarse de bienes que “enaltecen de manera imperativa la memoria histórica de nuestro país, no resultan discrecionales y en esa medida, el documento en mención debe ser elaborado de manera obligatoria para mantener y prolongar su conservación y salvaguarda”⁵⁵.

De otra parte, en lo tocante a la supuesta falta de trámite de la licencia ambiental como argumento sobre el que se apoyó la adopción de la medida impugnada, el Tribunal, tras señalar la falta al principio de lealtad que supone no haberle puesto oportunamente en conocimiento de la expedición de la modificación de la licencia, afirma que tal hecho no altera la necesidad de protección del Parque Histórico, “en tanto aún no se cuenta con el Plan Especial de Manejo y Protección (...) que debe ser atendido por la autoridad ambiental al momento de licenciar cualquier obra que se adelante en el BIC”⁵⁶.

En lo que atañe a la supuesta usurpación de funciones propias del juez contencioso por parte del juez de acción popular, como consecuencia de haber efectuado un pretendido control ordinario de legalidad del acto de autorización del proyecto expedido por Min Cultura, sostiene el Tribunal que se trata de un señalamiento infundado. Y expone que “el análisis jurídico que en esa oportunidad se realizó con miras a ordenar la suspensión del aludido acto administrativo tuvo como enfoque principal prevenir el daño inminente que hubiese podido sufrir el Conjunto Parque Histórico a la Batalla de Boyacá (sic) con ocasión de la intervención autorizada, lo que, valga decir, puede ordenar el juez popular”⁵⁷.

En relación con el cargo de supuesta falta de utilidad de la medida por no ser cierto el avance inminente de las obras, expresa el Tribunal que “resulta notorio cuando se transita por el sector, que ya se están adelantando trabajos de excavación y remoción de tierras en cercanías al Conjunto Parque Histórico Asociado a la Batalla de Boyacá”⁵⁸. Motivo por el cual se hace evidente el fundamento de la medida adoptada, en tanto apunta a prevenir el daño inminente e irreversible que pueda llegar a afectar a este bien, patrimonio cultural de la Nación⁵⁹.

⁵⁴ Folio 198 revés ejusdem.

⁵⁵ Folio 199 ibídem.

⁵⁶ Folio 200 ejusdem.

⁵⁷ Folio 200 ídem.

⁵⁸ Folio 200 revés ibídem.

⁵⁹ Ídem.

Respecto del argumento de los impugnantes según el cual la medida cautelar adoptada no había efectuado un adecuado análisis de ponderación de los bienes jurídicos en contienda, considera el Tribunal que tampoco es un señalamiento admisible. Esto, por cuanto, aduce, “aun cuando no fue expuesto en la providencia objeto de impugnación, (...) el mismo daría lugar a alegar la prevalencia en la protección del Patrimonio Cultural de la Nación”⁶⁰. El Tribunal reconoce los dos bienes jurídicos colectivos que colisionan en el caso concreto (la protección del patrimonio histórico cultural, de un lado, y el desarrollo de la infraestructura vial para garantizar el servicio público de transporte, de otro), pero considera que el proyecto aprobado por Min Cultura no es adecuado, en tanto “pone en riesgo la conservación del Bien de Interés Cultural”⁶¹.

En lo que concierne al cargo según el cual la medida cautelar afecta el patrimonio público al ordenar la parálisis de las obras, encuentra el Tribunal que se trata de una afirmación no solo desprovista de todo soporte probatorio, sino que además desconoce que cualquier perjuicio que se pudiera derivar de la medida cautelar no sería imputable al juez de acción popular sino a las autoridades que autorizaron el proyecto BTS sin considerar la necesidad de un PEMP que salvaguarde al Parque Histórico⁶².

Por último, el Tribunal estudia el argumento consistente en la supuesta inexistencia de daño porque el Parque Histórico ya había sido intervenido por la vía original. Al respecto considera que “ello no es óbice para que no se exija que las nuevas intervenciones autorizadas se ciñan a los parámetros de protección que la ley le otorga a esta clase de bienes, como es el caso del Plan Especial de Manejo y Protección”⁶³. Y enfatiza que no se puede pasar por alto que las intervenciones anteriores “se realizaron antes de ser declarada Bien de Interés Cultural de la Nación”⁶⁴.

Con base en estas consideraciones, el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá concluye la medida previa decretada se debe confirmar, pues “la categoría especial que ostenta el Conjunto Parque Histórico asociado a la Batalla de Boyacá, impone una obligación especial de velar por su salvaguarda, lo que a juicio de la Sala igualmente constituye una garantía de defensa del interés público, en cuanto se persigue conservar la memoria histórica del país para las generaciones futuras, lo que implica que cualquier acto de intervención que se pretenda realizar al mismo, se acompañe con todas las medidas previstas que persigan tal fin, y evitar en ese sentido,

⁶⁰ Folio 201 ejusdem.

⁶¹ Folio 202 íbidem.

⁶² Folios 202 ídem.

⁶³ Folios 202 envés y revés ejusdem.

⁶⁴ Folio 202 revés íbidem.

que se adopten medidas apresuradas de intervención que puedan afectar de manera definitiva e irreversible la integridad del bien”⁶⁵.

V. INTERVENCIONES POSTERIORES A LA IMPUGNACIÓN

Con posterioridad al reparto a este Despacho del asunto bajo revisión, antes y después de la inspección judicial al Parque Histórico decretada por el Ponente mediante auto del 22 de septiembre de 2015, se recibieron los diversos escritos en los que se solicita la confirmación o la revocación de las medidas cautelares en los siguientes términos:

LA CORPORACIÓN ACADEMIA DE HISTORIA DEL QUINDÍO, mediante escrito fechado el 10 de agosto de 2015⁶⁶, pide ser reconocida como coadyuvante en el proceso de la referencia. Igualmente subraya que las autorizaciones y licencias dadas por Ministerio de Cultura y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia para el desarrollo del proyecto de ampliación de la vía BTS (i) afectan la identidad nacional y cultural colombiana por cuanto dicha obra supone la destrucción y fraccionamiento del Campo Histórico de la Batalla de Boyacá y (ii) demuestra el claro desinterés por parte del Estado en la preservación del patrimonio público, cultural y arqueológico de la Nación. Y solicita asimismo que se requiera a las instituciones encargadas del desarrollo y ejecución de la obra para que hagan un nuevo trazado vial que evite la causación de un daño irremediable; y la realización de un proyecto de promoción histórica y cultural para los visitantes del Campo Histórico de la Batalla de Boyacá.

LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, de otra parte, concurrió al trámite mediante escrito de 25 de septiembre de 2015⁶⁷, en el que manifiesta que las medidas cautelares decretadas no atendieron a los requisitos que consagra la Ley 472 de 1998, afectando de manera cierta e inminente el interés público.

Arguye que no existe afectación de los monumentos ni del área protegida, toda vez que la intervención vial sobre los bienes de interés cultural es mínima en comparación con la vía que actualmente atraviesa el conjunto de parques; y afirma que además dicha intervención sería lo suficientemente alejada para proteger el patrimonio cultural que estos representan.

Añade que MinCultura dio cabal cumplimiento a las funciones legalmente a él otorgadas como especialista en materia de protección de bienes de interés cultural, y que en sus decisiones, dicha entidad tuvo en cuenta

⁶⁵ Ídem.

⁶⁶ Folios 217-225 *ibídem*.

⁶⁷ Folios 261-267 reverso *ejusdem*.

los estudios técnicos y conclusiones aportados por el contratista sobre el parque en su conjunto.

Argumenta que no existe conculcación ni amenaza alguna a los derechos colectivo invocados por el actor y por lo tanto la medida cautelar no cumple con sus finalidades, por lo que resulta injustificada la limitación al interés general que representa la suspensión del desarrollo y ejecución de proyecto de ampliación vial.

EL ACTOR, asimismo, mediante escrito radicado en la Secretaría General de esta Corporación el día 28 de septiembre de 2015⁶⁸, pide que se confirmen las medidas cautelares decretadas por el Tribunal Administrativo de Boyacá. Como soporte de su solicitud manifiesta que los apelantes desconocen la importancia histórica y cultural del parque, la cual debe prevalecer por sobre cualquier tipo de contratación que haya realizado el Estado, por lo que resulta erróneo pretender dar prelación al interés particular del consorcio por sobre el interés general de la Nación.

LA UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, como coadyuvante en el proceso, presentó escrito calendado el 02 de octubre de 2015⁶⁹, en el que se pronuncia sobre la inspección judicial realizada el día 29 de septiembre de 2015. En él argumenta que la inasistencia por parte de Min Cultura a la mencionada diligencia pone de presente el desinterés de la institución por esclarecer puntos clave de controversia judicial.

Agrega que cualquier clase de afectación que pretenda hacerse sobre un bien de interés cultural como es el Conjunto de bienes que conforman el Parque Histórico asociado a la Batalla de Boyacá, requiere de un Plan Especial de Manejo y de un Plan de Manejo Arqueológico. Ello, con el ánimo de preservar el patrimonio cultural de los asociados. Por lo tanto, afirma, dado que en el caso concreto no existe un Plan Especial de Manejo, resulta imposible realizar cualquier tipo de intervención como la que se pretende con el proyecto de ampliación vial.

Resalta que los trazados presentados por el consorcio en la diligencia de inspección judicial omiten el área de enfrentamiento del grueso de los ejércitos, lo que demuestra que igualmente el contratista desconoce la importancia histórico-cultural del área.

Considera que debe mantenerse la medida cautelar en tanto no se haga la correcta delimitación del área a preservar a través de un Plan Especial de Manejo. Esto, en virtud de la importancia histórica que reviste todo el campo de batalla.

⁶⁸ Folios 227-228 ídem.

⁶⁹ Folios 302-305 ejusdem.

LUIS EDUARDO WIESNER GRACIA, mediante memorial de 2 de octubre de 2015⁷⁰, pide ser reconocido como coadyuvante dentro del proceso de la referencia y solicita que se mantenga la medida cautelar decretada por el Tribunal Administrativo de Boyacá. En su escrito plantea que la intervención sobre el área de protección del Parque Histórico causará un daño irreversible al patrimonio cultural e histórico nacional representado en aquel conjunto monumental, toda vez que las intervenciones pretendidas estarían ubicadas en el corazón del parque, lo que generaría inevitablemente no solo la modificación del terreno sino también la del paisaje natural que compone mismo parque. En su criterio, este resultado hace ilegal cualquier autorización que se imparta para su ejecución. Y agrega que además la cartografía presentada por la ANI no tiene fundamento histórico alguno.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público, mediante concepto rendido por el Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa (E)⁷¹ solicita confirmar la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá por los siguientes motivos:

Considera que si bien la Ley General de Cultural (Ley 397 de 1997), modificada por la Ley 1185 de 2008, no obliga a que todo inmueble declarado como bien de interés cultural cuente con un Plan Especial de Manejo y Protección, su adopción resulta indispensable para la efectividad de las obligaciones de conservación y cuidado de dichos bienes.

Expresa que por medio del Decreto N° 763 de 2009, se fijaron claras pautas en relación con la necesidad, importancia y obligatoriedad de adoptar Planes Especiales de Manejo y Protección por parte de Min Cultura, y estableció que cuando se presente una declaratoria de bien de interés cultural con anterioridad a la expedición de la Ley 1185 de 2008, este requiere en todos los casos de formulación de PEMP. Por lo tanto, dado que el Conjunto Parque Histórico asociado a la Batalla de Boyacá fue declarado bien de interés cultural con anterioridad a la expedición de la Ley 1185 de 2008 (mediante la Resolución No. 1066 de 02 de agosto de 2006), encuentra que para el caso concreto resulta ajustado a derecho y plenamente exigible la adopción de un Plan Especial de Manejo y Protección para el desarrollo y ejecución del proyecto de ampliación de la vía BTS.

⁷⁰ Folios 314-318 *ibídem*.

⁷¹ Folios 327-351 *ejusdem*.

VII. CONSIDERACIONES

Competencia

De acuerdo con lo establecido por el artículo 26 de la Ley 472 de 1998, la Sala es competente para pronunciarse sobre el presente recurso de apelación contra el auto del 8 de mayo de 2015, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Boyacá decretó de oficio la suspensión de la Resolución N° 3991 de 2014 de Min Cultura, “Por la cual se autoriza la intervención vial en inmediaciones del Conjunto Parque Histórico Asociado a la Batalla de Boyacá, declarado Bien de Interés Cultural del ámbito nacional mediante Resolución N° 1066 del 2 de agosto de 2006”, y ordenó el cese de las obras del proyecto BTS a la altura del referido bien de interés cultural por encontrar que se amenazaba el derecho colectivo a la protección del patrimonio histórico cultural.

Problema jurídico

De la problemática expuesta en precedencia se deriva que son varios los problemas jurídicos que se deben abordar en la presente decisión. El principal de ellos, sin duda, es determinar si la Resolución N° 3991 de Min Cultura, que autorizó el paso del proyecto de construcción de la doble calzada BTS por el Parque Histórico asociado a la Batalla del Puente de Boyacá y la realización de las correspondientes obras sin la previa aprobación de un PEMP, supone, como lo afirma el Tribunal Administrativo de Boyacá en los pronunciamientos emitidos para decretar y confirmar la medida cautelar impugnada, una amenaza para el patrimonio histórico cultural, o si, por el contrario, como señalan los apelantes, se trata de una decisión en manera alguna afecta el derecho colectivo invocado, pues se conforma enteramente a la legalidad vigente.

En adición a este interrogante, que constituye el núcleo central de la decisión, la Sala debe también examinar lo referente a si la medida cautelar decretada es procedente o no en consideración a su fundamento tanto jurídico como probatorio. Esto, en consideración a los señalamientos de ser expresión de un control de legalidad vedado al juez de acción popular, así como de estar desprovista de una prueba adecuada del daño que se busca evitar.

Análisis del asunto

En orden a resolver la cuestión planteada en el apartado anterior, la Sala estima pertinente efectuar (3.1) algunas consideraciones generales sobre la acción popular y sobre (3.2) la importancia de las medidas previas en este campo. Enseguida se pasará a examinar las cuestiones de fondo que plantea la demanda. Con esta finalidad en primer lugar se hará alu-

sión (3.3) al régimen constitucional y legal de protección del patrimonio histórico cultural, para revisar luego lo referente a (3.4) los PEMP como instrumentos de gestión del patrimonio cultural. Establecidas estas bases teóricas procederá la Sala a examinar (3.5) las formas concretas de protección previstas para el Parque Histórico asociado a la Batalla del Puente de Boyacá. Visto lo anterior, con base en las consideraciones expuestas (4) se resolverá el caso concreto.

Generalidades de la acción popular

En desarrollo de lo previsto por el artículo 88 de la Constitución, el artículo 2º inciso 2º de la Ley 472 de 1998 prevé que las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible. Según lo dispuesto por esta Ley, se trata de **medios procesales de carácter preventivo, reparativo, correctivo o restitutorio**, que proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos amparados por el ordenamiento jurídico⁷².

De acuerdo con lo expresado por la jurisprudencia administrativa en reiteradas oportunidades, la prosperidad de este medio procesal depende de la verificación y plena acreditación en el proceso de los siguientes supuestos sustanciales en el caso concreto: a) una acción u omisión de la parte demandada; b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, distinto de aquél que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana; y, c) una relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses. De ello dependerá que se declare la vulneración del derecho colectivo invocado y el juez pueda proceder, en ejercicio de los poderes otorgados por el artículo 34 de la ley 472 de 1998, a impartir las órdenes de hacer o de no hacer que estime pertinentes, a condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, o a exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo cuando ello fuere físicamente posible.

Las medidas previas en las acciones populares

Ahora bien, habida cuenta de la importancia de la efectiva protección y garantía de los derechos colectivos, su amparo en un proceso de esta naturaleza no debe esperar al momento de dictar sentencia de fondo. En atención

⁷² Vid. Artículos 2 y 9 de la Ley 472.

a la trascendencia de la salvaguarda de estos bienes jurídicos, entendidos como intereses reconocidos a la colectividad en sí misma como elementos indispensables para la materialización del orden político, económico y social justo que aspira instaurar la Constitución, la ley 472 de 1998 otorgó especial relevancia a su **protección anticipada o cautelar**. Así, con el fin evitar situaciones en las que la defensa de estos bienes jurídicos se vea postergada hasta el momento de fallar, **la ley autoriza al juez constitucional la adopción de medidas preventivas, protectoras, correctivas o restitutorias** adecuadas para lograr una tutela judicial efectiva de dichos derechos.

Según ha explicado la jurisprudencia de esta Sala de Decisión, “[e]stas medidas pueden ser dispuestas por el juez cuando quiera que cuente con elementos suficientes para fundamentar la convicción que está frente a una amenaza o una afectación tal del derecho que aguardar hasta el fallo supondría asumir el riesgo de configuración de un daño o afectación irreversible a los intereses litigados (*periculum in mora*) y a una reclamación con la seriedad y visos de legitimidad suficientes para respaldar una decisión anticipada (*fumus boni iuris*)”⁷³.

Los Artículos 17 inciso 3, 25 y 26 de la Ley 472 de 1998 establecen el marco legal de ejercicio de los poderes cautelares del juez de acción popular. En la primera de estas disposiciones se reviste expresamente al juez de acción popular de la facultad “de tomar las medidas cautelares necesarias para impedir perjuicios irremediables e irreparables o suspender los hechos generadores de la amenaza a los derechos e intereses colectivos”. Fue en ejercicio de esta prerrogativa que el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá adoptó la medida previa que ahora se examina en sede de apelación. De otra parte, los Artículos 25 y 26 de la Ley 472 de 1998 disponen lo siguiente:

Artículo 25.- Medidas cautelares. *Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular, podrá decretar las siguientes:*

- a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;*
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;*
- c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;*

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 5 de febrero de 2015, Rad. No. 85001 23 33 000 2014 00218 01 (AP), C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.

Parágrafo 1º.- El decreto y práctica de las medidas previas no suspenderá el curso del proceso.

Parágrafo 2º.- Cuando se trate de una amenaza por razón de una omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo cual otorgará un término perentorio. Si el peligro es inminente podrá ordenar que el acto, la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, a costa del demandado.

Artículo 26.- Oposición a las medidas cautelares. El auto que decreta las medidas previas será notificado al demandado simultáneamente con la admisión de la demanda y podrá ser objeto de los recursos de reposición y de apelación; los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en el término de cinco días. La oposición a las medidas previas sólo podrá fundamentarse en los siguientes casos: Evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger;

Evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público;

Evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.

Corresponde a quien alegue estas causales demostrarlas.

Teniendo en cuenta estas disposiciones esta Sala ha señalado que el decreto de una medida previa en un juicio de acción popular está sujeto a los siguientes presupuestos de procedencia:

a) Que esté debidamente demostrado en el proceso la inminencia de un daño a los derechos colectivos o que el mismo se haya producido, esto con el fin de justificar la imposición de la medida cautelar, el cual es prevenir aquel daño que está por producirse o a hacer cesar aquel que ya se consumó;

b) Que la decisión del juez al decretar la medida cautelar esté plenamente motivada; y

c) Que para adoptar esa decisión, el juez tenga en cuenta los argumentos contenidos en la petición que eleve el demandante, para que se decrete tal medida, lo cual, lógicamente, **no obsta para que el juez oficiosamente, con arreglo a los elementos de juicio que militen en la actuación, llegue al convencimiento de la necesidad de decretar una medida cautelar y proceda en tal sentido**⁷⁴. (negritas fuera de texto)

⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 6 de febrero de 2014. Rad. 2013-00941. C.P.: María Claudia Rojas Lasso.

La regulación legal atrás transcrita y la comprensión que de ella ha hecho la jurisprudencia ponen en evidencia el cuidado equilibrio entre protección efectiva de los derechos colectivos y garantía del debido proceso de las partes que preside el ejercicio de los poderes cautelares otorgados al juez de acción popular por la ley. Así, al tiempo que se le reconocen a éste poderes suficientes para cumplir oportuna y eficazmente su misión constitucional de resguardar la efectividad de los derechos colectivos, se le fijan límites claros que no tienen otro objetivo que precaver la arbitrariedad judicial y compatibilizar los poderes de decisión anticipada con el debido proceso. De lo que se trata, en definitiva, es de asegurar la legalidad, proporcionalidad y oportunidad de la medida.

Por lo anterior, la legitimidad de estas determinaciones dependerá enteramente de su sustento probatorio, que en esta instancia debe ser adecuado —no concluyente en términos absolutos, ya que no se ha surtido la totalidad del juicio, pero sí suficiente para fundamentar una decisión anticipada como las que autoriza la ley—, y soportarse en unos razonamientos que, sin entrar a resolver de fondo el asunto, pongan de manifiesto y den cuenta tanto del riesgo de configuración del daño o afectación irreversible a los intereses litigados (*periculum in mora*) como de la seriedad y visos de legitimidad *prima facie* de la reclamación (*fumus boni iuris*).

El régimen constitucional y legal de protección del patrimonio histórico cultural en Colombia. Especial referencia a los BIC.

En cuanto pieza basal de la identidad nacional y patrimonio de todas las generaciones de colombianos, la Constitución ha hecho especial énfasis en la protección de los valores culturales que de una u otra manera engloban y son expresión del ser y el sentir nacional. En últimas, sobre ellos se asienta **la cultura nacional**, calificada expresamente por el texto constitucional, en sus diferentes manifestaciones, como “fundamento de la nacionalidad” (Artículo 70 de la Constitución). De aquí la relevancia que le ha otorgado el Constituyente, que ha tratado a este bien jurídico como derecho, como principio y también como valor del orden superior⁷⁵.

El especial compromiso de la Constitución con la protección, fomento y divulgación de la cultura en sus diferentes manifestaciones se aprecia, entre otras, en disposiciones como su artículo 8º, que establece el deber del Estado y de los particulares de “proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”; en su artículo 95.8, que impone a los particulares de manera específica un deber análogo al previsto por el artículo 8º; en su artículo 70, que sanciona el deber estatal de “promover y fomentar el ac-

⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia C-742 de 2006. También, más recientemente, véase la sentencia C-082 de 2014.

ceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades”; en su artículo 313.9, que confía a los concejos municipales la facultad de dictar “las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio”; en su artículo 333, que autoriza a la ley para limitar la libertad económica “cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”; y de manera muy especial, en su Artículo 72, que dispone que “[e]l patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado”, y agrega que “[e]l patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles”.

En desarrollo de estas previsiones constitucionales y de las responsabilidades adquiridas por el Estado a nivel internacional mediante instrumentos como la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural adoptada por la UNESCO en París en 1972 e incorporada a nuestro ordenamiento por la ley 45 de 1983, el legislador expidió la ley 397 de 1997. Con ella se quiso establecer un régimen especial de salvaguardia, protección, sostenibilidad, divulgación y estímulo para los bienes del patrimonio cultural de la Nación que sean declarados como bienes de interés cultural, en el caso de bienes materiales, y para las manifestaciones incluidas en la Lista Representativa de Patrimonio Cultural Inmaterial.

Según lo previsto por el artículo 4° de la ley 397 de 1997 (modificado por el art. 1° de la Ley 1185 de 2008), el patrimonio cultural de la Nación está constituido por todos los bienes materiales, las manifestaciones inmateriales, los productos y las representaciones de la cultura que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la lengua castellana, las lenguas y dialectos de las comunidades indígenas, negras y creoles, la tradición, el conocimiento ancestral, el paisaje cultural, las costumbres y los hábitos, así como **los bienes materiales de naturaleza mueble e inmueble a los que se les atribuye, entre otros, especial interés histórico, artístico,** científico, estético o simbólico en ámbitos como el plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico o antropológico.

Como se puede apreciar, el patrimonio cultural de la Nación constituye una categoría amplia concebida por la Constitución; el género dentro del cual se encuentran comprendidas, a su vez, distintas especies o subcategorías de bienes que, aunque comparten su valor para la identidad y el conjunto de la población nacional, y sean por ende igualmente merecedoras de la tutela del Estado, presentan o pueden presentar regímenes jurídicos legales diferenciados. Esto, en consideración a que en atención a sus particularidades (físicas, jurídicas, históricas, geográficas o de percepción socio-cultural), en desarrollo de sus competencias corresponde al legislador

precisar aquellos aspectos no previstos directamente por la Constitución en relación con la normatividad aplicable a cada una de ellas.

En ejercicio de esta habilitación, la Ley 397 de 1997 estableció el régimen jurídico de los denominados **Bienes de Interés Cultural** (Arts. 8, 10, 11 y 14 de la Ley 397 de 1997) (en adelante BIC), sustancialmente disímil del estatuto constitucional y legalmente fijado para los bienes que integran el patrimonio arqueológico de la Nación (Art. 72 de la Constitución y Art. 6° de la Ley 397 de 1997), o del definido para el patrimonio cultural sumergido (Ley 1675 de 2013), el patrimonio cultural inmaterial (Art. 11-1 de la ley 397 de 1997, modificado por el Art. 8 de la Ley 1185 de 2008) o el patrimonio bibliográfico, hemerográfico, documental y de imágenes en movimiento (Art. 12 de la Ley 397 de 1997). Para el caso bajo examen resulta relevante el régimen jurídico de los inmuebles que tienen la calidad de BIC.

El Artículo 11 de la ley 397 de 1997 estatuye las bases fundamentales del régimen de protección de los BIC. De acuerdo con este precepto:

Artículo 11. Régimen especial de protección de los bienes de interés cultural. <Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1185 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> Los bienes materiales de interés cultural de propiedad pública y privada estarán sometidos al siguiente Régimen Especial de Protección:

1. Plan Especial de Manejo y Protección. La declaratoria de un bien como de interés cultural incorporará el Plan Especial de Manejo y Protección -PEMP-, cuando se requiera de conformidad con lo definido en esta ley. El PEMP es el instrumento de gestión del patrimonio cultural por medio del cual se establecen las acciones necesarias para garantizar su protección y sostenibilidad en el tiempo.

Para bienes inmuebles se establecerá el área afectada, la zona de influencia, el nivel permitido de intervención, las condiciones de manejo y el plan de divulgación que asegurará el respaldo comunitario a la conservación de estos bienes.

Para bienes muebles se indicará el bien o conjunto de bienes, las características del espacio donde están ubicados, el nivel permitido de intervención, las condiciones de manejo y el plan de divulgación que asegurará el respaldo comunitario a la conservación de estos bienes.

El Ministerio de Cultura reglamentará para todo el territorio nacional el contenido y requisitos de los Planes Especiales de Manejo y Protección y señalará, en dicha reglamentación, qué bienes de interés cultural de la Nación, de los declarados previamente a la expedición de la presente ley, requieren de adopción del mencionado Plan y el plazo para hacerlo.

1.1. Cuando un bien de interés cultural del ámbito departamental, distrital, municipal, de los territorios indígenas y de los de las comunidades negras de que trata la Ley 70 de 1993 sea declarado bien de interés cultural del ámbito nacional por el Ministerio de Cultura, el

Plan Especial de Manejo y Protección, si se requiriere, deberá ser aprobado por dicho Ministerio, quien podrá atender posibles sugerencias hechas por las autoridades competentes para efectuar declaratorias en el ámbito territorial.

1.2. Incorporación al Registro de Instrumentos Públicos. *La autoridad que efectúe la declaratoria de un bien inmueble de interés cultural informará a la correspondiente Oficina de Registro de Instrumentos Públicos a efectos de que esta incorpore la anotación en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente. Igualmente, se incorporará la anotación sobre la existencia del Plan Especial de Manejo y Protección aplicable al inmueble, si dicho plan fuese requerido.*

Del mismo modo se informará en el caso de que se produzca la revocatoria de la declaratoria en los términos de esta ley. Este tipo de inscripciones no tendrá costo alguno.

1.3. Incorporación de los Planes Especiales de Manejo y Protección a los planes de ordenamiento territorial. *Los Planes Especiales de Manejo y Protección relativos a bienes inmuebles deberán ser incorporados por las autoridades territoriales en sus respectivos planes de ordenamiento territorial. El PEMP puede limitar los aspectos relativos al uso y edificabilidad del bien inmueble declarado de interés cultural y su área de influencia aunque el Plan de Ordenamiento Territorial ya hubiera sido aprobado por la respectiva autoridad territorial.*

1.4. Plan de Manejo Arqueológico. *Cuando se efectúen las declaratorias de áreas protegidas de que trata el artículo 6° de este Título, se aprobará por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia un Plan Especial de Protección que se denominará Plan de Manejo Arqueológico, el cual indicará las características del sitio y su área de influencia, e incorporará los lineamientos de protección, gestión, divulgación y sostenibilidad del mismo.*

En los proyectos de construcción de redes de transporte de hidrocarburos, minería, embalses, infraestructura vial, así como en los demás proyectos y obras que requieran licencia ambiental, registros o autorizaciones equivalentes ante la autoridad ambiental, como requisito previo a su otorgamiento deberá elaborarse un programa de arqueología preventiva y deberá presentarse al Instituto Colombiano de Antropología e Historia un Plan de Manejo Arqueológico sin cuya aprobación no podrá adelantarse la obra.

1.5. Prevalencia de las normas sobre conservación, preservación y uso de las áreas e inmuebles consideradas patrimonio cultural de la Nación. *De conformidad con lo preceptuado en los numerales 2 del artículo 10 y 4° del artículo 28 de la Ley 388 de 1997 o las normas que los sustituyan, las disposiciones sobre conservación, preservación y uso de las áreas e inmuebles de interés cultural constituyen normas de superior jerarquía al momento de elaborar, adoptar, modificar o ajustar los Planes de Ordenamiento Territorial de municipios y distritos.*

2. Intervención. <Numeral modificado por el artículo 212 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Por intervención se entiende todo acto que cause cambios al bien de interés cultural o que afecte el estado del mismo. Comprende, a título enunciativo, actos de conservación, restauración, recuperación, remoción, demolición, desmembramiento, desplazamiento o subdivisión, y deberá realizarse de conformidad con el Plan Especial de Manejo y Protección si este fuese requerido.

La intervención de un bien de interés cultural del ámbito nacional deberá contar con la autorización del Ministerio de Cultura o el Archivo General de la Nación, según el caso. Para el patrimonio arqueológico, esta autorización compete al Instituto Colombiano de Antropología e Historia de conformidad con el Plan de Manejo Arqueológico.

Asimismo, la intervención de un bien de interés cultural del ámbito territorial deberá contar con la autorización de la entidad territorial que haya efectuado dicha declaratoria.

La intervención solo podrá realizarse bajo la dirección de profesionales idóneos en la materia. La autorización de intervención que debe expedir la autoridad competente no podrá sustituirse, en el caso de bienes inmuebles, por ninguna otra clase de autorización o licencia que corresponda expedir a otras autoridades públicas en materia urbanística. Quien pretenda realizar una obra en inmuebles ubicados en el área de influencia o que sean colindantes con un bien inmueble declarado de interés cultural, deberá comunicarlo previamente a la autoridad que hubiera efectuado la respectiva declaratoria. De acuerdo con la naturaleza de las obras y el impacto que pueda tener en el bien inmueble de interés cultural, la autoridad correspondiente aprobará su realización o, si es el caso, podrá solicitar que las mismas se ajusten al Plan Especial de Manejo y Protección que hubiera sido aprobado para dicho inmueble.

El otorgamiento de cualquier clase de licencia por autoridad ambiental, territorial, por las curadurías o por cualquiera otra entidad que implique la realización de acciones materiales sobre inmuebles declarados como de interés cultural, deberá garantizar el cumplimiento del Plan Especial de Manejo y Protección si éste hubiere sido aprobado.

(...)

4. Enajenación. Quien pretenda enajenar un bien mueble de interés cultural, deberá ofrecerlo en primer término a la autoridad que haya efectuado la respectiva declaratoria, la cual podrá ejercer una primera opción de adquisición, en condiciones no menos favorables de aquellas en las que adquirirían los particulares y previo avalúo. Esta primera opción podrá ser ejercida por cualquier entidad estatal, según coordinación que para el efecto realice la autoridad que haya efectuado la declaratoria.

La transferencia de dominio a cualquier título de bienes de interés cultural de propiedad privada deberá comunicarse por el adquirente a la

autoridad que lo haya declarado como tal y en un plazo no mayor a los seis (6) meses siguientes de celebrado el respectivo negocio jurídico. Sobre las colecciones declaradas de interés cultural no podrá realizarse su desmembramiento o la disposición individual de los bienes que las conforman, sin autorización previa de la autoridad que haya efectuado la declaratoria.

En relación con esta previsión, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que:

De acuerdo con dicha norma, el hecho de que un bien sea declarado de interés cultural implica, entre otros, los siguientes privilegios y restricciones: (i) el Plan Especial de Manejo y Protección -PEMP-, cuando se requiera, entendido éste como el instrumento de gestión del patrimonio cultural por medio del cual se establecen las acciones necesarias para garantizar su protección y sostenibilidad en el tiempo; (ii) su incorporación al Registro de Instrumentos Públicos, para lo cual, la autoridad que efectúe la declaratoria de un bien inmueble de interés cultural lo informará a la correspondiente Oficina de Registro de Instrumentos Públicos a efectos de que esta incorpore la anotación en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente. Igualmente, se incorporará la anotación sobre la existencia del Plan Especial de Manejo y Protección aplicable al inmueble, si dicho plan fuese requerido; (iii) la incorporación de los Planes Especiales de Manejo y Protección (PEMP) a los planes de ordenamiento territorial, pudiendo el PEMP limitar los aspectos relativos al uso y edificabilidad del bien inmueble declarado de interés cultural y su área de influencia aunque el Plan de Ordenamiento Territorial ya hubiera sido aprobado por la respectiva autoridad territorial; (iv) la prevalencia de las normas sobre conservación, preservación y uso de las áreas e inmuebles consideradas patrimonio cultural de la Nación, las cuales pasan a constituir normas de superior jerarquía al momento de elaborar, adoptar, modificar o ajustar los Planes de Ordenamiento Territorial de municipios y distritos; (v) la posibilidad de intervención, de conformidad con el Plan Especial de Manejo y Protección si este fuese requerido, para efectos de conservación, restauración, recuperación, remoción, demolición, desmembramiento, desplazamiento o subdivisión, la cual deberá contar con la autorización del Ministerio de Cultura o el Archivo General de la Nación, si se trata de un bien de interés cultural del ámbito nacional, o de la entidad territorial correspondiente, tratándose de un bien de interés cultural del ámbito territorial; (vi) la prohibición de exportación de bienes muebles de interés cultural, salvo la posibilidad de exportación temporal, por un plazo que no exceda de tres años, con el único fin de ser exhibidos al público o estudiados científicamente, la cual debe contar con la autorización de la autoridad cultural competente;

(vii) tratándose de bienes muebles, la posibilidad de su enajenación, caso en el cual deberá ofrecerse en primer término a la autoridad que haya efectuado la respectiva declaratoria, la cual podrá ejercer una primera opción de adquisición directamente o a través de cualquier otra entidad estatal, según coordinación que para el efecto realice la autoridad que haya efectuado la declaratoria; (viii) la posibilidad de transferencia de dominio a cualquier título de bienes de interés cultural de propiedad privada, evento en el cual la misma deberá comunicarse por el adquirente a la autoridad que lo haya declarado como tal y en un plazo no mayor a los seis meses siguientes de celebrado el respectivo negocio jurídico”⁷⁶.

No hay duda, entonces, de que la declaración de un bien inmueble como BIC, sea de propiedad pública o privada, produce notables consecuencias sobre su regulación y sobre su régimen de uso, aprovechamiento y disposición. En efecto, engendra obligaciones jurídicas tanto en cabeza de su propietario (v. gr. la formulación de un PEMP, si es el caso, el deber de cumplir sus reglas y el de solicitar autorización de la autoridad competente de manera previa a cualquier intervención que se proyecte realizar, o el deber de respetar la primera opción de compra que asiste a la autoridad que efectuó la declaración de BIC), como de las autoridades urbanísticas del lugar (seguimiento e incorporación de las reglas del PEMP al POT) y de las autoridades en materia de protección del patrimonio histórico (a. e. aprobar el PEMP —y eventualmente, formularlo también—, notificar la decisión al propietario, ordenar la inscripción en el registro de instrumentos públicos de la declaración de BIC o hacer seguimiento al cumplimiento de las reglas fijadas por el PEMP).

Los PEMP como instrumentos de gestión de los BIC.

De acuerdo con lo previsto por el numeral 1° del artículo 11 de la ley 397 de 1997 (modificado por el art. 7° de la ley 1185 de 2005), el PEMP “es el instrumento de gestión del patrimonio cultural por medio del cual se establecen las acciones necesarias para garantizar su protección y sostenibilidad en el tiempo”. En aras de lograr este objetivo, dispone que en él se debe establecer el área afectada, la zona de influencia, el nivel permitido de intervención, las condiciones de manejo y el plan de divulgación que asegurará el respaldo comunitario a la conservación de estos bienes.

El área afectada hace referencia a la demarcación física del inmueble o conjunto de inmuebles, compuesta por sus áreas construidas y libres,

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia C-082 de 2014.

para efectos de su declaratoria como BIC⁷⁷. La zona de influencia alude a la demarcación del contexto circundante o próximo del inmueble, necesario para que los valores del mismo se conserven. Para llevar a cabo esta delimitación es preciso realizar un análisis de las potencialidades y de las amenazas o riesgos que puedan afectar al bien, en términos de paisaje, ambiente, contexto urbano o rural e infraestructura⁷⁸. El nivel permitido de intervención, de otro lado, designa las pautas o criterios relacionados con la conservación de los valores del inmueble y su zona de influencia⁷⁹. Ello implica definir los tipos de obra que pueden acometerse en el área afectada y su zona de influencia, con el fin de precisar los alcances de la intervención. Sin perjuicio de la facultad del Ministerio de reglamentar por vía general otros niveles de intervención, éstos pueden ser: de conservación integral⁸⁰, conservación del tipo arquitectónico⁸¹ y de conservación contextual⁸². Las

⁷⁷ Artículo 2.4.1.1.5 del Decreto 1080 de 2015 (antiguo artículo 18 del Decreto 763 de 2009).

⁷⁸ Artículo 2.4.1.1.6 del Decreto 1080 de 2015 (antiguo artículo 19 del Decreto 763 de 2009).

⁷⁹ Artículo 2.4.1.1.7 del Decreto 1080 de 2015 (antiguo artículo 20 del Decreto 763 de 2009).

⁸⁰ De acuerdo con lo previsto por el apartado i) del artículo 2.4.1.1.7 del Decreto 1080 de 2015 (antiguo artículo 20 del Decreto 763 de 2009): “Se aplica a inmuebles del grupo arquitectónico de excepcional valor, los cuales, por ser irremplazables, deben ser preservados en su integralidad. En estos, cualquier intervención puede poner en riesgo sus valores e integridad, por lo que las obras deben ser legibles y dar fe del momento en el que se realizaron. Si el inmueble lo permite, se podrán realizar ampliaciones, en función de promover su revitalización y sostenibilidad. // En relación con los inmuebles del Grupo Urbano debe garantizarse la preservación del trazado, manzanas, paramentos, perfiles, alturas, índices de ocupación, vías, parques, plazas y pasajes, entre otros. Se permite la modificación de los espacios internos del inmueble, siempre y cuando se mantenga la autenticidad de su estructura espacial: disposición de accesos, vestíbulos, circulaciones horizontales y verticales. // Tipos de obras permitidos en el Nivel 1: Restauración, reparaciones locativas, primeros auxilios, rehabilitación o adecuación funcional, reforzamiento estructural, reintegración, ampliación, consolidación y liberación”.

⁸¹ Según lo establecido por el apartado ii) del artículo 2.4.1.1.7 del Decreto 1080 de 2015 (antiguo artículo 20 del Decreto 763 de 2009): “Se aplica a Inmuebles del Grupo Arquitectónico con características representativas en términos de implantación predial (rural o urbana), volumen edificado, organización espacial y elementos ornamentales las cuales deben ser conservadas. Se permite la modificación de los espacios internos del inmueble, siempre y cuando se mantenga la autenticidad de su estructura espacial: disposición de accesos, vestíbulos, circulaciones horizontales y verticales. // Tipos de obras permitidos en el Nivel 2: Restauración, reparaciones locativas, primeros auxilios, rehabilitación o adecuación funcional, remodelación, reforzamiento estructural, reintegración, ampliación, consolidación y liberación”.

⁸² De conformidad con lo indicado por el apartado iii) del artículo 2.4.1.1.7 del Decreto 1080 de 2015 (antiguo artículo 20 del Decreto 763 de 2009): “Se aplica a inmuebles ubicados en un Sector Urbano, los cuales, aún cuando no tengan características arquitectónicas representativas, por su implantación, volumen, perfil y materiales, son compatibles

condiciones de manejo, por otra parte, señalan el conjunto de pautas y determinantes para el manejo del inmueble en los aspectos físico-técnicos, administrativos y financieros, los cuales deben propender por su preservación y sostenibilidad⁸³. Finalmente, el plan de divulgación es el conjunto de acciones para difundir las características y los valores del inmueble, que tiene como objetivo principal asegurar el respaldo comunitario a la conservación del bien⁸⁴.

La definición de estos puntos hace posible que el PEMP asegure la articulación de los BIC con su entorno físico, arquitectónico y sociocultural al tiempo que se asegura la conservación de sus valores, la mitigación de los riesgos particulares que presenta y el aprovechamiento de sus potencialidades. Dado que un inmueble que aloja especiales valores culturales e históricos para la colectividad no se puede marginar de ella ni la puede excluir de su disfrute y aprovechamiento, la definición de reglas que hagan posible su utilización sostenible por la comunidad resulta esencial. Por ello el PEMP precisa las acciones de protección y mantenimiento de carácter preventivo y correctivo que sean necesarias para garantizar la protección, conservación y sostenibilidad del BIC en el tiempo. Y también define las condiciones y estrategias para el mejor conocimiento y apropiación del bien por parte de la comunidad, de suerte que se afiance el vínculo con ella y se asegure así supervivencia y perdurabilidad.

Se trata, entonces, como ha explicado esta Sala, “de un conjunto de elementos que permitan su utilización como herramienta normativa y de planeación, por medio de los cuales se establecen las acciones necesarias para garantizar la protección y la sostenibilidad en el tiempo de los bienes de interés cultural”⁸⁵, tanto en términos de cómo se gestiona el bien en lo técnico, administrativo y financiero, como de su interrelación con el entorno en el que se ubica y de apropiación del mismo por parte de la comunidad. Aspectos todos igualmente relevantes a efectos de lograr los

con el contexto. // De igual manera, se aplica para inmuebles que no son compatibles con el contexto, así como a predios sin construir que deben adecuarse a las características del sector urbano. // Este nivel busca la recuperación del contexto urbano en términos del trazado, perfiles, paramentos, índices de ocupación y volumen edificado. // Tipos de obras permitidos en el Nivel 3: Demolición, obra nueva, modificación, remodelación, reparaciones locativas, primeros auxilios, reconstrucción, reforzamiento estructural, consolidación y ampliación”.

⁸³ Artículo 2.4.1.1.8 del Decreto 1080 de 2015 (antiguo artículo 21 del Decreto 763 de 2009).

⁸⁴ Artículo 2.4.1.1.9 del Decreto 1080 de 2015 (antiguo artículo 22 del Decreto 763 de 2009).

⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 29 de julio de 2010, Rad. No. 190001-23-31-000-2005-00416-01(AP). C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno.

finés de preservación y uso sostenible de los bienes protegidos inherentes al régimen de protección definido en la ley.

La protección concreta ofrecida al Parque Histórico asociado a la Batalla de Boyacá.

Pocos lugares encierran tanto valor y significado para nuestro país como el campo donde se libró la Batalla de Boyacá el 7 de agosto de 1819. Este enfrentamiento, que marcó el cierre de la campaña libertadora de 1819, selló la independencia de Colombia y se convirtió en el señero punto de inicio de la independencia del norte de Sudamérica: Seguida de las victorias de los ejércitos criollos en las batallas de Carabobo (en Venezuela), Pichincha (en Ecuador) y Junín Ayacucho (en el Perú), lo ocurrido aquél día en las inmediaciones del denominado Puente de Boyacá fue decisivo para el destino de la República y de la independencia de los países de la Nueva Granada.

Innumerables textos, pinturas, estampillas y relatos reviven lo sucedido el 7 de agosto de 1819. Tanto ese episodio histórico como el sitio que le sirvió de teatro se encuentran arraigados en lo más profundo de la identidad nacional. En cuanto momento y escenario decisivos de la independencia patria, uno y otro se funden en el imaginario colectivo como símbolo del nacimiento de lo que es hoy la República de Colombia, de la lucha por un objetivo común y del triunfo de unas fuerzas comprometidas con un futuro en libertad, democracia y autonomía para el pueblo colombiano.

Estas consideraciones históricas, sumadas a los valores de tipo estético, físico, temporal y de representatividad histórica y cultural constatados en el paraje, además del hecho que pese a haberse ordenado la creación del Parque Histórico desde la ley 210 de 1938 y a alojar en su suelo distintos BIC de carácter nacional (como el Puente de Boyacá, el Templo de la Libertad y la Casa de Teja o de Postas) él en sí mismo no tenía dicha connotación y contenía valiosos elementos no amparados por ninguna forma de protección⁸⁶, llevaron a que en 2006 el Consejo de Monumentos Nacionales recomendará a Min Cultura su declaración como BIC de carácter nacional. Ello se tradujo en la expedición de la Resolución N° 1066 del 2 de agosto de 2006 de Min Cultura, en virtud de la cual se determinó lo siguiente:

***Artículo 1º.** Declarar el conjunto del Parque Histórico, la Piedra de Barreiro, las Ruinas del Antiguo Molino Hidráulico y el área de mayor enfrentamiento entre los ejércitos, justo al norte de la carretera que*

⁸⁶ Como se reconoce en la parte motiva de la Resolución No. 1066 de 2006, para esa fecha no existía un reconocimiento explícito a elementos tan importantes como el campo de batalla, la Piedra de Barreiro y las ruinas del Molino Hidráulico.

conduce a Samacá, que se encuentran asociados a la Batalla del Puente de Boyacá, localizados en los municipios de Tunja y Ventaquemada, Departamento de Boyacá, como Bien de Interés Cultural de carácter Nacional, delimitado en el plano adjunto que hace parte integral de la presente resolución.

Artículo 2º. *En aplicación a lo dispuesto por la Ley 397 de 1997, todas las construcciones, refacciones, remodelaciones, y obras de defensa y conservación que deban efectuarse a los inmuebles a que hace referencia el artículo 1º de la presente resolución y en su área de influencia, deberán contar con la autorización previa por parte del Ministerio de Cultura.*

Artículo 3º. *La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación.*

En este orden, no hay duda que **a partir del 2 de agosto de 2006, el Parque Histórico Asociado a la Batalla de Boyacá tiene la calidad de BIC de carácter nacional.** Por ende, es desde esta fecha que se hace aplicable el régimen especial de protección previsto por las Leyes 397 de 1997 y 1185 de 2008 para esta clase de bienes; el cual, como fue referido en el apartado anterior, con miras a asegurar su preservación y uso sostenible, se traduce esencialmente en la imposición de gravámenes para el propietario (público o privado), restricciones a sus facultades y obligaciones para las autoridades responsables de su declaración.

Toda vez que esta declaración se efectuó en 2006, esto es, antes de la entrada en vigencia de la reforma a la Ley 397 realizada por la Ley 1185 de 2007, en ella no se dispuso nada en relación con la adopción de un PEMP para su gestión⁸⁷. Por esta causa, conforme a lo previsto por el inciso 5º del Artículo 7º de la Ley 1185 de 2008, le corresponde a Min Cultura decidir sobre la eventual necesidad de adoptar uno y el plazo para formularlo. De acuerdo con esta disposición:

El Ministerio de Cultura reglamentará para todo el territorio nacional el contenido y requisitos de los Planes Especiales de Manejo y Protección y señalará, en dicha reglamentación, qué bienes de interés cultural de la Nación, de los declarados previamente a la expedición de la presente ley, requieren de adopción del mencionado Plan y el plazo para hacerlo.

En desarrollo de esta habilitación, el Artículo 16 del Decreto N° 763 de 2009 (actual art. 2.4.1.1.2 del Decreto N° 1080 de 2015) estableció la siguiente regla:

⁸⁷ Antes de la modificación llevada a cabo por la ley 1185 de 2008, la ley 397 de 1997 hacía referencia a una figura menos compleja denominada Planes Especiales de Protección.

Artículo 16. PEMP para bienes inmuebles. En el caso de las categorías de inmuebles señaladas en el artículo anterior se tendrá en cuenta lo siguiente para efectos de la formulación de PEMP:

1. Del Grupo Urbano: Procurará formularse un PEMP para los inmuebles del Grupo Urbano que se incluyan en la Lista Indicativa de Candidatos a Bienes de Interés Cultural –LICBIC–, sin perjuicio de las atribuciones autónomas de decisión con que cuentan las autoridades competentes en la materia.

Los bienes del Grupo Urbano del ámbito nacional y territorial declarados BIC con anterioridad a la Ley 1185 de 2008 requieren en todos los casos la formulación de PEMP.

2. Del Grupo Arquitectónico: Procurará formularse un PEMP para los inmuebles del Grupo Arquitectónico que se incluyan en la Lista Indicativa de Candidatos a Bienes de Interés Cultural –LICBIC–, en el ámbito nacional y territorial y sin perjuicio de las atribuciones autónomas con que cuentan las autoridades competentes en la materia, cuando presenten alguna de las siguientes condiciones:

i. Riesgo de transformación o demolición parcial o total debido a desarrollos urbanos, rurales y/o de infraestructura.

ii. Cuando el uso represente riesgo o limitación para su conservación.

iii. Cuando el bien requiera definir o redefinir su normativa y/o la de su entorno para efectos de su conservación.

Los bienes del Grupo Arquitectónico del ámbito nacional y territorial declarados BIC con anterioridad a la Ley 1185 de 2008, requieren PEMP cuando se encuentren en cualquiera de las circunstancias antes enumeradas, sin perjuicio de las atribuciones de la autoridad competente para formularlos en otros casos.

Los inmuebles del Grupo Arquitectónico localizados en un Sector Urbano declarado BIC, no requieren obligatoriamente un PEMP específico.

Asimismo, esta reglamentación (Art. 15 del Decreto N° 763 de 2009 y 2.4.1.1.1 del Decreto N° 1080 de 2015) definió las referidas categorías de BIC del siguiente modo:

Artículo 15. Categorías de bienes Inmuebles. Los bienes Inmuebles, para efectos de la adopción de PEMP se clasifican como se indica a continuación, sin perjuicio de otros que por vía general reglamente el Ministerio de Cultura:

1. Del Grupo Urbano:

i. Sector Urbano: Fracción del territorio de una población dotada de fisonomía, características y de rasgos distintivos que le confieren cierta unidad y particularidad.

ii. Espacio Público: Conjunto de inmuebles de uso público, y de elementos de los inmuebles privados destinados por su naturaleza, usos o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de los habitantes.

2. Del Grupo Arquitectónico: Construcciones de arquitectura habitacional, institucional, comercial, industrial, militar, religiosa, para el transporte y las obras de ingeniería.

Como se puede apreciar, además de no ser obligatoria la adopción de un PEMP para los BIC por tratarse de una decisión que legalmente es discrecional de la autoridad competente, es claro que en virtud de sus características (a saber: tratarse de un área de conservación histórica-cultural, ubicado en suelo rural, de gran extensión, donde lo que se protege es un campo y no un edificio o monumento en particular), el Parque Histórico no se encuadra con facilidad en ninguna de las clases previstas. Por ende no son aplicables ni las reglas establecidas para el grupo urbano (adopción obligatoria del PEMP para todos los BIC declarados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1185 de 2008) ni para el grupo arquitectónico (adopción discrecional de la autoridad, si se verifica algún criterio previsto por el reglamento). En consecuencia se trata de una decisión discrecional del ente competente, en este caso, MinCultura, que a la fecha no se ha pronunciado sobre el tema prescribiendo como obligatoria la adopción de dicho instrumento.

Lo anterior significa que a falta de un PEMP, la protección del BIC se sustancia, en lo fundamental, (i) en la exigencia de autorización previa por parte del Ministerio de cualquier clase de intervención que se quiera realizar sobre él (Artículo 11.2 de la Ley 397 de 1997, modificado por el Artículo 7 de la Ley 1185 de 2008 y por el Artículo 212 del Decreto Ley 019 de 2012)⁸⁸; (ii) el requerimiento que la intervención se realice bajo la dirección de profesionales idóneos en la materia (ídem); en (iii) el carácter insustituible de la autorización de la autoridad competente con respecto de otras eventuales autorizaciones o licencias que se debe obtener para intervenir un inmueble tales como licencias urbanísticas o de la autoridad aeronáutica; y (iv) la carga impuesta a los propietarios de inmuebles colindantes de comunicar a la autoridad competente cualquier obra que desee realizar en el área de influencia del BIC.

En cumplimiento de esta preceptiva, el 5 de diciembre de 2014 el representante legal del concesionario solicitó a MinCultura autorización para el proyecto de intervención vial en las inmediaciones del Parque Histórico Asociado a la Batalla de Boyacá entre los municipios de Ven-

⁸⁸ De acuerdo con lo previsto por el numeral 2° del Artículo 11 de la Ley 397 de 1997, modificado por el Artículo 212 del Decreto Ley 019 de 2012, “[p]or intervención se entiende todo acto que cause cambios al bien de interés cultural o que afecte el estado del mismo. Comprende, a título enunciativo, actos de conservación, restauración, recuperación, remoción, demolición, desmembramiento, desplazamiento o subdivisión, y deberá realizarse de conformidad con el Plan Especial de Manejo y Protección si este fuese requerido”.

taquemada y Tunja⁸⁹. Esta solicitud dio lugar a la expedición de la Resolución N° 3991 del 22 de diciembre de 2014. Según consta en la motivación de dicho acto administrativo, en ejercicio de esta competencia la Dirección de Patrimonio del Ministerio evaluó la propuesta y encontró que “dicho proyecto minimiza el movimiento de tierras al desarrollar la ampliación teniendo en cuenta los elementos existentes como referentes y ocupando terreno actualmente no ocupado”⁹⁰. Con base en estas consideraciones, y en la previa verificación por la Oficina Asesora Jurídica de la completud de la documentación soporte del proyecto BTS, Min Cultura resolvió:

Artículo Primero: *Autorizar el proyecto de intervención vial en inmediaciones del Conjunto del Parque Histórico asociado a la Batalla de Boyacá, declarado bien de interés cultural del ámbito Nacional (sic) mediante Resolución 1066 del 2 de agosto de 2006.*

Artículo Segundo: *Sellar dos copias de los planos que contienen la información del proyecto de intervención vial en inmediaciones del Conjunto del Parque Histórico asociado a la Batalla de Boyacá, declarado bien de interés cultural del ámbito Nacional (sic) mediante Resolución 1066 del 2 de agosto de 2006, conjunto declarado bien de interés cultural del ámbito Nacional (sic).*

Artículo Tercero: *En el evento de pretender adelantar cualquier modificación al proyecto a que hace referencia el Artículo 1° de la presente Resolución, de acuerdo con lo señalado en el numeral segundo del Artículo 7° de la ley 1185 de 2008, se debe presentar el correspondiente proyecto de modificación o intervención para autorización por parte del Ministerio de Cultura.*

Artículo Cuarto: *La presente Resolución no faculta al interesado para realizar obras, pues solamente la autoridad competente lo podrá hacer con la expedición de la respectiva licencia, si a ello hubiere lugar.*

Artículo Quinto: *Que una vez aprobado el proyecto, durante la etapa de construcción de las obras, el interesado dispondrá lo necesario para el manejo reglamentario de eventuales hallazgos arqueológicos y adelantará los trámites correspondientes ante el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, ICANH⁹¹.*

En estas condiciones, se puede afirmar que el grueso de la protección de la que goza hoy el Parque Histórico en su condición de BIC radica en el requisito de contar con la previa autorización de Min Cultura para cualquier clase de intervención sobre el área declarada. Se trata de la forma particular que cobra en este caso el régimen especial de protección previsto

⁸⁹ Folio 209 ibídem.

⁹⁰ Folio 208 ídem.

⁹¹ Folios 208-209 ibídem.

por la ley en virtud de lo resuelto legítimamente por la autoridad competente. No puede perderse de vista que según lo previsto por el inciso 2° del literal b) del artículo 1° de la ley 1185 de 2008:

*La declaratoria de un bien material como de interés cultural, o la inclusión de una manifestación en la Lista Representativa de Patrimonio Cultural Inmaterial es el acto administrativo mediante el cual, previo cumplimiento del procedimiento previsto en esta ley, la autoridad nacional o las autoridades territoriales, indígenas o de los consejos comunitarios de las comunidades afrodescendientes, según sus competencias, **determinan que un bien o manifestación del patrimonio cultural de la Nación queda cobijado por el Régimen Especial de Protección o de Salvaguardia previsto en la presente ley** (subrayado y negrillas fuera de texto).*

Siendo esto así, y no encontrando razones que permitan afirmar que dicho esquema de protección es contrario a la Constitución, esta Sala estima que dada la discrecionalidad reconocida a la autoridad competente para pronunciarse sobre si se adopta o no un PEMP para un BIC en particular, el cuestionamiento de dicha determinación debe ir acompañado de pruebas sólidas o al menos suficientes para poner en duda la razonabilidad de lo decidido. De lo contrario, la exigencia de someter a previa autorización de la autoridad competente cualquier clase de intervención que se pretenda realizar sobre el bien constituye una expresión válida del régimen especial de protección previsto por la ley, capaz de posibilitar el cumplimiento de los objetivos de salvaguardia, recuperación, conservación, sostenibilidad y divulgación del patrimonio cultural de la Nación impuestos por la ley.

Resolución del caso concreto

Con base en lo anterior, encuentra la Sala que hay tres argumentos que deben ser considerados a la hora de decidir el caso bajo revisión: el primero, la existencia de la Resolución No. 403 de 2015 (del 9 de abril) de la ANLA, por medio de la cual se modificó la licencia ambiental inicialmente otorgada al proyecto, lo cual deja sin piso la afirmación del auto apelado sobre su inexistencia, lo mismo que el requerimiento de acuerdo con el cual las obras se debían suspender hasta que se obtuviera dicho pronunciamiento.

El segundo argumento a considerar es la ausencia de una obligación legal en cabeza de Min Cultura de exigir la aprobación de un PEMP como condición previa para la autorización de cualquier intervención que se pretenda efectuar sobre el Parque; pues, como se expuso líneas atrás, al no establecer ni la ley ni el reglamento dicho mandato, se trata de una decisión

discrecional de la autoridad competente, que en este caso no lo ha estimado procedente. Por ende, en virtud de tal determinación, válida a la luz de la normatividad imperante en materia de BIC, el régimen de protección del Parque Histórico asociado a la Batalla de Boyacá consiste en la exigencia de una autorización previa para cualquier intervención que se proyecte realizar sobre el área protegida; la cual se obtuvo en el asunto *sub examine* por medio de la Resolución No. 3991 de 2014 de Min Cultura.

Finalmente, es preciso considerar la falta de pruebas ciertas y objetivas sobre el riesgo inminente de una transformación irreversible y de magnitud considerable del Parque Histórico asociado a la Batalla de Boyacá, lo cual impide a esta Sala dudar de la idoneidad del examen efectuado por Min Cultura al evaluar el impacto de las obras de la segunda calzada BTS sobre el Parque y autorizarlas. Esto, toda vez que, como se expuso de manera precedente, la decisión discrecional de la autoridad competente de abstenerse de efectuar dicha exigencia no solo es legal, sino que además, salvo prueba en contrario, que no se ha allegado, se presume legítima y, por ende, adecuada para la protección del patrimonio histórico cultural. Máxime cuando, como figura en el expediente, está acreditado que el proyecto autorizado por Min Cultura reduce drásticamente el impacto sobre el área del parque, disminuyendo a 2% del área total del Parque Histórico el porcentaje de terreno intervenido por la obra proyectada.

Por estas razones, estima la Sala que no se encuentran reunidos en esta fase del proceso los requisitos necesarios para fundamentar una medida previa, toda vez que ni hay evidencias que den cuenta del riesgo de configuración de un daño o afectación severa e irreversible del Parque Histórico como consecuencia de las obras autorizadas (*periculum in mora*), ni tampoco se observa en los argumentos jurídicos sobre los que se apoyó la cautela decretada la solidez necesaria para cimentar una decisión anticipada (*fumus boni iuris*) como la que se apela; en especial cuando ella supone una afectación seria de otro bien colectivo como el desarrollo de la infraestructura vial de transporte, que en este evento resultaría perjudicado sin una justificación suficiente.

En consecuencia es procedente revocar la medida cautelar decretada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá mediante el auto apelado. Por este motivo la Sala se abstendrá de analizar los demás cargos planteados en los recursos interpuestos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: Revocar la medida cautelar decretada de oficio por el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá mediante auto del 8 de mayo de 2015.

Notifíquese y cúmplase,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día

María Claudia Rojas Lasso, Presidenta

María Elizabeth García González

Roberto Augusto Serrato Valdés

Guillermo Vargas Ayala

